Nummer 9. Berlin, den 1. Mai 1905. X. Jahrgang.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Begründet von LABAND — STENGLEIN — STAUB.

Herausgegeben von

DR. P. LABAND, Professor.
DR. O. HAMM, Wirkl. Geh. Rat, Oberlandesgerichtspräsident a. D.
ERNST HEINITZ, Justizrat.

Verlag von OTTO LIEBMANN, Berlin.

Die „Deutsche Juristen-Zeitung“ erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von 2—3 Bogen. Preis vierteljährlich M. 3.50; für das Ausland M. 4.25. Einzelne Nummern 70 Pfg. Alle Buchhandlungen und Postanstalten sowie direkt die Expedition des Blattes nehmen Bestellungen entgegen.

DEUTSCHE JURISTEN ZEITUNG 1896

Redaktion u. Expedition: Berlin W. 57. Potsdamerstr. 96. Fernsprecher VI 2564. Alleinige Inseratenannahme: Rudolf Mosse, Berlin SW. u. sämtliche Filialen. Inserate die 3gesp. Nonpareillezeile 50 Pfg., Familienanzeigen u. Stellengesuche 40 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Rechtsfindung durch Konstruktion.

Von Professor Dr. Stampe, Greifswald.

Das Recht ist eine Zwangsordnung sozialer Verhältnisse. Den Anlafs dieser Zwangsordnung bilden die dem menschlichen Egoismus entspringenden Interessenkämpfe. Ihr Ziel mufs in dem modernen Kulturstaat eine solche Schlichtung dieser Kämpfe sein, welche das Gemeinwohl bestmöglich fördert. Man sollte deshalb meinen, Rechtssätze dürften nur durch soziale Erwägungen gefunden werden; d. h. nur durch Ueberlegungen rechtspolitischen Inhalts. Aber seltsamerweise besitzen wir Grundsätze, die uns hierauf hinwiesen, nicht. Man hat überhaupt, trotzdem die Theorie die Frage bereits lebhaft ventilierte, eine bestimmte Methode der Rechtsbildung noch nicht auf den Schild erhoben. Man schwankt zurzeit, namentlich im Privatrecht, zwischen zwei verschiedenen Verfahren hin und her. Bisweilen findet man den gesuchten Rechtssatz wirklich durch soziale Erwägungen, indem die Interessen, welche an seinem künftigen Inhalt bestehen — nicht nur die der Privaten, sondern auch die der Allgemeinheit —, ermittelt und mit einander verglichen werden und der Inhalt dann in der Richtung der als schutzwürdig befundenen Interessen bestimmt wird.

Beliebter als diese Rechtsfindung durch Interessenabwägung ist aber die Rechtsfindung durch Konstruktion. Dieses Verfahren schaltet soziale Erwägungen grundsätzlich aus. Es hängt eng zusammen mit der Theorie von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung.[1] Nach dieser Theorie ist die „logische Expansionskraft“ des vorhandenen Rechtes eine so grofse, dafs sie für sämtliche offenen Rechtsfragen, ja selbst für die rechtliche Regelung von neu auftauchenden Lebenserscheinungen (Telephon, Automobil) im Wege eines rein logischen Subsumtions- und Deduktionsverfahrens die nötigen Normen ergibt. Dieser Weisung entsprechend, erzielt die Rechtsfindung durch Konstruktion — welche

[1]) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (1892) S. 372 ff.

ihre Tätigkeit konsequent nicht als Rechtsfindung, sondern als Aufdeckung von latent bereits vorhandenem Rechte auffafst —, die neuen Rechtssätze, welche sie braucht, durch rein logische Operationen.

Dies Nebeneinander zweier grundverschiedener Rechtsbildungsmethoden finden wir nicht nur in unserer Gesetzgebung, sondern auch in unserer Rechtsprechung. Letztere bevorzugt indessen bei der Ausfüllung von Rechtslücken die Rechtsfindung durch Konstruktion. Dies Verhalten wird klärlich, aufser von dem Dogma der Lückenlosigkeit, auch von dem anderen eng mit jenem verknüpften Dogma beeinflufst, dafs der Richterspruch den Boden der Rechtsordnung nicht verlassen dürfe.

Kürzlich habe ich ausgeführt[1]), dafs die Rechtsfindung durch Konstruktion Anspruch auf Wissenschaftlichkeit nicht erheben darf und schwere soziale Gefahren in sich birgt; dafs dagegen die Rechtsfindung durch Interessenabwägung allen billigen Anforderungen an eine Rechtsbildungsmethode entspricht und deshalb nicht nur in der Gesetzgebung, sondern gerade auch bei der Rechtsergänzung des Richters ausschliefslich zur Anwendung kommen mufs. Aeltere Praktiker haben hiergegen scharf opponiert. Man behauptete, für den Richter komme nur die Rechtsfindung durch Konstruktion in Betracht; nur bei dieser stehe er wissenschaftlich und praktisch auf festem Boden. Die Rechtsfindung durch Interessenabwägung leiste dem unreifen Dilettieren auf sozialem Gebiet Vorschub, bringe den Richter leicht in das Gefolge von Sonderströmungen und sei geeignet, die Rechtsordnung mit einem Chaos von, allen möglichen Zweckmäfsigkeitsrücksichten entsprungenen und des Zusammenhaltes durch grofszügige Prinzipien entbehrenden Einzelsätzen zu überschwemmen.

Dieser Einspruch von so berufener Instanz veranlafst mich, die Frage: Wie mufs der Richter Lücken der Rechtsordnung ausfüllen? dem Leserkreise dieser Zeitung zu unterbreiten. Ich glaube, damit unter den Problemen, die dem Praktiker ge-

[1]) In meinem Vortrag in der Jurist. Gesellschaft zu Berlin (vgl. deren 46. Jahresbericht).

stellt sind, eins der wichtigsten zu berühren, und ich hoffe, dafs seine Besprechung an diesem Ort weitere Aeufserungen zu dem von der Praxis bisher auffällig vernachlässigten Thema hervorrufen wird.

Die nachfolgende Ausführung soll meine Einwände gegen die Rechtsfindung durch Konstruktion zusammenfassen.

I. Ich kann gegen die Rechtsfindung durch Konstruktion die Vorwürfe der Unwissenschaftlichkeit und der in eine soziale Gefahr ausartenden praktischen Untauglichkeit nicht zurücknehmen. Betrachten wir zunächst das Fundament, auf welchem sie ihre Bauten errichtet.

Die Rechtsordnung selber bietet sich als solches nicht dar. Denn sie ist nur eine Summe von Rechtssätzen; jeder Rechtssatz knüpft aber seine Rechtswirkungen nur an einen ganz bestimmten Tatbestand, und die „logische Expansionskraft" eines Rechtssatzes bez. seines Tatbestandes reicht nicht weiter, als, nach dem Ergebnis der Auslegung, das Gesetz den Inhalt dieses Tatbestandes begrenzt, — kann sich also niemals auf Tatbestände erstrecken, welche jenseits dieser Grenze liegen. Hat beispielsweise die Auslegung festgestellt, dafs der gesetzlich normierte Tatbestand des § 326 BGB. nur die Verzögerung der Erfüllung umfafst, so weifs ich nicht, woher der § 326 die logische Expansionskraft nehmen soll, um als Rechtssatz, als generell bindende lex, auch den Tatbestand sonstiger Verfehlungen in der Erfüllung, z. B. der Lieferung mangelhafter Ware, zu umspannen.

Nur das ist möglich, dafs die Wirkungen, die ein Rechtssatz für seinen Tatbestand (etwa für die verzögerte Erfüllung) statuiert, auf einen anderen, vom Gesetz bisher nicht geregelten Tatbestand (etwa auf die fehlerhafte Erfüllung) durch richterlichen Ergänzungssatz übertragen werden. Aber dies Verfahren operiert nicht mit logischen, sondern mit sozialen Erwägungen; und es erzeugt keinen Rechtssatz, sondern nur einen Ergänzungssatz, dessen Wirkung über die jeweilige res judicata nicht hinausgeht, den Richter also nicht hindert, in künftigen Fällen auf Grund inzwischen gewonnener besserer Einsicht anders zu entscheiden.

Ebensowenig wie die Rechtsordnung bildet das Rechtssystem eine brauchbare Grundlage für die Rechtsfindung durch Konstruktion — vorausgesetzt, dafs es seiner wissenschaftlichen Aufgabe gerecht wird Denn letztere besteht darin, dem menschlichen Auffassungsvermögen die Beherrschung des in den jeweilig vorhandenen Rechts- und Ergänzungssätzen aufgespeicherten Rechtsstoffes zu erleichtern, und der zu diesem Behuf geschaffene Aufbau von Lehrsätzen, welcher das Rechtssystem darstellt, mufs ein getreues Spiegelbild von jenem Rechtsstoffe, aber auch nur von ihm, entwerfen und taugt gerade deshalb nicht zum logischen Deduktionsreservoir für die Regelung von noch offenen Rechtsfragen.

Dazu eignet sich nur ein solches Rechtssystem, dessen Lehrsätze sich an jenes Gesetz der Kongruenz mit dem jeweilig vorhandenen Rechtsstoffe nicht binden. Aus einem derartigen Rechtssystem läfst sich natürlich alles logisch deduzieren; man braucht seine Lehrsätze ja nur entsprechend zu formulieren. Es äufsert übrigens nicht blofs logische Expansionskraft, sondern auch logische Restriktionskraft, je nach Bedarf. So wurde die gemeinrechtlich offene Frage, ob dem Grundstückshypothekar die Forderung auf die Versicherungssumme hafte — deren Bejahung in gewissen Grenzen wichtige soziale Gründe fordern — vom Reichsgericht[1]) verneint, weil es in seinem Rechtssystem keinen Begriff vorfand, aus dem es diese Haftung logisch deduzieren konnte.

Wir sehen also, als Fundament bleibt der Rechtsfindung durch Konstruktion nur ein Bau aus Münchhausenschen Luftsteinen übrig.

II. Wie steht es nun um ihre praktischen Ergebnisse? Dieselben sind in ihren Einzelheiten seit Bähr und Jhering so oft und hell beleuchtet worden, dafs es hier genügt, ihre Grundzüge zu skizzieren.

1. Da die Auswahl der Konstruktionsbasis durch Realitäten nicht beengt wird, können demselben Tatbestande ganz beliebige, auch einander völlig entgegengesetzte Rechtswirkungen ankonstruiert werden. Man hat dem Zessionar gegen den Zedenten, welcher den Zessus beerbt, die Klage versagt, weil die zedierte Forderung eine Forderung des Zedenten bleibe, die der Zessionar nur ausübe, und niemand aus seinem eigenen Rechte beklagt werden könne. Mit gleichem Fug konnte man die Klage gegen den Zedenten gewähren, weil im Gegenteil der Zessionar durch die Zession ein eigenes Forderungsrecht bekomme — oder weil der Erbe ja lediglich die Person des Erblassers fortsetze.

Trotz dieser Gelenkigkeit ist die Rechtsfindung durch Konstruktion nicht fähig, den Nuancierungen eines Tatbestandes überall zu folgen. So müssen die Theorien, welche dem Hypothekar die Forderung auf die Versicherungssumme als commodum rei oder als accessorium rei verstricken, diese Haftung auch dann bestehen lassen, wenn die Summe nach den Versicherungsbedingungen nur zur Wiederherstellung des versicherten Gebäudes zu zahlen ist; und doch ist letzterenfalls das Gegenteil sozial notwendig.[2])

2. Der Ausschlufs sozialer Erwägungen bewirkt, dafs auch das sozial Bedenkliche zum Recht erhoben wird. Dem „abstrakten Charakter" der Eigentumsübertragung zuliebe wird auch der Eigentümer, welcher mala fide aus ungültiger causa erwarb, und sogar der, welcher aus einer für ihn unsittlichen causa erworben hat; dadurch werden im Konkurse des Erwerbers dessen Gläubigern oft direkt unmoralische Vorteile auf Kosten des Ver-

[1]) III 1884, SA. 40 Nr. 185.

[2]) Cf. BGB. § 1130, Prot. II bei Mugdan S. 809—812.

äufserers zugewendet. Die gemeinrechtliche Reichsgerichtspraxis erstreckte das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters a conto der tacita conventio, die ihm als Entstehungstatbestand ankonstruiert wurde, auch auf die unpfändbaren Illaten, die ja durch Vertrag verpfändet werden können.

3. Die Begründung konstruktiv gefundener Entscheidungen wird dem Laien unverständlich erscheinen. Einen Beweis dafür bietet das Urt. des Reichsger. VII 1903 (RE. 54 Nr. 77).

Eine verschuldete und bereits fruchtlos exequierte Ehefrau wurde als Intestaterbin ibres Bruders berufen, schlug aber die Erbschaft aus, um sie unverkürzt ihrem Kinde, und damit ihrem Manne und sich die Vorteile des elterlichen Niefsbrauches zuzuwenden. Der Gläubiger, welcher vordem vergeblich exequiert hatte, wollte die Ausschlagung anfechten; das Reichsgericht hat ihn aber abgewiesen.

Nach meiner Ansicht enthält das Reichsanfechtungsgesetz über die Anfechtung einer Erbschaftsausschlagung keine Bestimmung, und die Ausfüllung der somit vorhandenen Rechtslücke durch Interessenabwägung mufs jedenfalls dahin gelangen, die Anfechtung im Fall dolos paulianischer Ausschlagung zuzulassen, da erfahrungsmäfsig auf künftige Intestaterbschaften oft in durchaus verständiger Weise kreditiert wird und das Interesse des Berufenen, die Freiheit seiner Entschliefsung zur Schikanierung seiner Gläubiger auszunutzen, nicht als schutzwürdig erscheint. Aber wie man auch entscheide, jedenfalls mufs aus sozialen Erwägungen heraus entschieden werden. Das Reichsgericht statuiert jedoch (entgegen der preufsischen und französischen Rechtsprechung) die Unanfechtbarkeit mit der lediglich konstruktiven Begründung, vor der definitiven Annahme sei die Rechtsstellung des Erben zu der Erbschaft noch nicht eine solche, dafs die Ausschlagung ein Weggeben aus dem Vermögen des Schuldners im Sinne des § 7 des Anfechtungsgesetzes darstelle. „Als System des Gesetzes erscheint, dafs nach dem Tode des Erblassers zunächst nur ein vorläufiger Erwerb der Erbschaft stattfindet . . . .“[1]) Dies „System des Gesetzes“ wird ermittelt aus den §§ 1942—1953, 517, 1406, 1453 BGB. und § 9 RKO. Es steht aber im Widerspruch mit dem § 1922. Ferner haben die zit. Paragraphen des BGB., aus denen es gefolgert ist, sämtlich auf solche Fragen Bezug, die mit der hier zur Entscheidung stehenden nicht verwandt sind; denn die §§ 1942—53 regeln die Erbschaftsausschlagung nur im allgemeinen und wollen damit dem Erben einer insolventen Erbschaft den Weg weisen, wie er von den Erbschaftsgläubigern wieder abkommen kann, nicht aber dem Erben einer solventen Erbschaft ein Mittel zur Benachteiligung seiner eigenen Gläubiger an die Hand geben; § 517 verneint den Schenkungscharakter einer Erbschaftsausschlagung, um für den Zuwender selbst das Widerrufsrecht des Schenkers (§ 530) und den Herausgabeanspruch bei nachträglicher Verarmung (§ 528) auszuschliefsen, die bei einer Erbschaftsausschlagung, durch welche dem Ausschlagenden ja eine wirtschaftlich von ihm empfundene Vermögenseinbufse nicht entsteht, tatsächlich unangebracht sein würden; und die §§ 1406, 1453 wollen der Ehefrau nur ihrem Manne gegenüber aus erklärlichen ethischen Rücksichten die Freiheit der Entschliefsung wahren. Endlich ist — die einzige Gesetzesstelle, welche in ein der Anfechtungsfrage naheliegendes Gebiet einschlägt — § 9 RKO.[1]) lediglich ein Kind desselben durch Konstruktion gewonnenen Prinzips, zu dessen Vätern das RG. ihn rechnet.

Eine Entscheidung, welche mit diesen Gründen und Beweisen dartun will, dafs eine rite angefallene Erbschaft — die dem Erben gegen seinen Willen durch keine Macht der Erde mehr entziehbar ist — dennoch durch Ausschlagung den Gläubigern des Erben als Zugriffsobjekt beliebig entzogen werden kann, mufs dem Volke unverständlich bleiben.

Die geschilderten Ergebnisse haben die Wirkung, dafs die Volkstümlichkeit unserer Wissenschaft zurückgeht; der Gesetzgebung und der Rechtsprechung steht das Volk bereits ähnlich skeptisch gegenüber, wie seit langem der Theorie. Sollte uns das nicht zur Umkehr mahnen? Praktische Gründe hindern diese Umkehr nicht. Denn wir geben in der Rechtsfindung durch Konstruktion nicht etwas aus praktischen Bedürfnissen Entsprungenes, praktisch Unentbehrliches auf, sondern nur ein Erzeugnis der reinen, dem Leben abgewandten Theorie, welches die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts hervorgebracht hatte unter dem Einflufs der Hegelschen Philosophie, dem sie damals ebenso wie die übrigen Wissenschaften verfallen war. Warum wollen wir allein noch in dem Banne des Hegelschen Begriffskultus verharren, dem die übrigen Wissenschaften sich, zumeist schon lange, wieder entzogen haben?

[1]) S. 292 unten.

Die Reform des Strafprozesses.

Im Reichs-Justizamte ist im Februar 1903 eine Kommission[2]) zur Reform des Strafprozesses zusammengetreten.[3]) Die Kommission hat nunmehr in 2 Lesungen und 18 Tagungen in 86 Sitzungen ihre Arbeiten beendet. Da die „Deutsche Juristen-Zeitung“ zu den im Programm des Reichs-Justizamtes aufgestellten Fragen in den Jahrgängen 1903 und 1904 von kompetenten Beurteilern hat Stellung nehmen lassen, erscheint es angebracht, nunmehr von einem Mitgliede der Kommission selbst die wichtigsten der in den beiden Lesungen gefafsten Beschlüsse, welche nicht formulierte Gesetzesvorschläge sein

[1]) Motive S. 27; cf. S. 296 der Entscheidung.
[2]) Vgl. Reichsanzeiger Nr. 286, v. 5. Dez. 1902.
[3]) Vgl. Stenglein, Die Reform des Strafprozesses 1903, S. 10 d. Bl.